

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 165.404 van 30 november 2006
in de zaak A. 178.282/XII-4916.**

In zake :

1. de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN,
 2. de vennootschap naar Frans recht SA EIFFAGE
 3. de vennootschap naar Nederlands recht BV BOSKALIS WESTMINSTER DREDGING,
 4. de vennootschap naar Nederlands recht BV HEIJMANS INFRASTRUCTUUR,
 5. de NV HEIJMANS INFRA,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV ANTWERPSE BOUWWERKEN (THV AB),
die woonplaats kiezen bij
advocaat D. De Keuster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Graanmarkt 2

tegen :

de NV van publiek recht, BEHEERSMAATSCHAPPIJ ANTWERPEN MOBIEL,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe, F. Vandendriessche en R. Vermeersch,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkomen de partijen :

I.

1. de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE,
 2. de NV AANNEMINGEN VAN WELLEN,
 3. de NV BESIX,
 4. de NV CORDEEL ZETEL TEMSE,
 5. de NV DREDGING INTERNATIONAL,
 6. de NV FABRICOM GTI,
 7. de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTIONS NV,
 8. de vennootschap naar Frans recht VINCI SA,
 9. de vennootschap naar Frans recht VINCI CONCESSIONS SA,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap NORIANT,
die woonplaats kiezen bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106

II.

1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
2. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE,
3. de NV BETONAC,
4. de vennootschap naar Nederlands recht NV KONINKLIJKE BAM GROEP,
5. de NV CEI-DE MEYER,

6. de SA SOCIETE DE TRAVAUX GALERE,
 7. de NV DE MEYER,
 8. de NV INTERBUILD,
 9. de vennootschap naar Frans recht SA EGIS PROJECTS,
 10. de vennootschap naar Nederlands recht BV FLUOR,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap LORO,
die woonplaats kiezen bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Antwerpse Bouwwerken, de SA Eiffage, de BV Boskalis Westminster Dredging, de BV Heijmans Infrastructuur, de NV Heijmans Infra, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV Antwerpse Bouwwerken op 7 november 2006 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Raad van bestuur van de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, NV van publiek recht van 12/16 oktober om de offerte die uitgaat van de THV Antwerpse Bouwwerken niet te weerhouden voor deelname aan de BAFO-fase van de Oosterweelverbinding”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 8 november 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 november 2006, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. De Keuster en J. Verbist, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaten D. D'Hooghe, R. Jochems, J. Bouckaert en R. Vermeersch, die verschijnen voor de verwerende partijen, van advocaat B. Martens, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Gezien de op 22 november 2006 ingediende verzoekschriften waarbij de tijdelijke handelsvennootschap Noriant en de tijdelijke handelsvennootschap Loro vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij concurrentiële inschrijvers bij de in het geding zijnde opdracht zijn en hun belangen door de vordering worden geraakt; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

De gegevens van de zaak

Overwegende dat de Raad van State in het voorliggende dossier geacht wordt kennis te nemen van een inleidend verzoekschrift van 52 bladzijden met 49 bijgevoegde stukken, een nota van 99 bladzijden met een bijgevoegd vertrouwelijk dossier van 69 stukken en een gewoon dossier van 43 stukken, en twee verzoekschriften tot tussenkomst, samen 56 bladzijden en 38 bijgevoegde stukken; dat er hangende de procedure nog stukken waaronder de CD met het integrale bestek zijn toegevoegd; dat een aantal “stukken” de omvang hebben van boekdelen; dat de partijen ervan blijken geven de voorgeschiedenis en de gegevens van het dossier terdege te kennen zodat de Raad, zoals hij overigens uit de wetseconomie van een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient af te leiden, slechts het volgende beperkt feitenrelaas geeft :

1. De in het geding zijnde opdracht is een zogenaamde DBFM - opdracht (design, build, finance, maintain of ontwerp, bouw, financiering, onderhoud en instandhouding). Deze blijkt een aanpassing van het gewestplan Antwerpen te hebben vereist door een GRUP (gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan) teneinde het project planologisch vergunbaar te maken.

Bedoeld GRUP werd door de Vlaamse regering voorlopig goedgekeurd bij besluit van 16 september 2005 en definitief goedgekeurd op 16 juni 2006.

Onder stuk 9 van het administratief dossier heeft verwerende partij deel A van het te dezen toepasselijke bestek 2004/005 “masterplan Antwerpen - Oosterweelverbinding” neergelegd. Dit deel A is de “leidraad onderhandelingsprocedure”.

In dit deel wordt op bladzijde 6 een “korte omschrijving van het project” gegeven. Deze luidt : “De Oosterweelverbinding of sluiting van de kleine Ring (R1) rond Antwerpen maakt de verbinding tussen de R1 (Kennedytunnel) -E17 - E34 op de Linkerscheldeoever en de R1 (Viaduct Merksem)- E19-A12 op de Rechterscheldeoever.” De nieuwe verbinding omvat een nieuwe verkeerswisselaar op de Linkerscheldeoever, een aansluitingscomplex op de Rechterscheldeoever, een afgezonken tunnel onder de Schelde, een verkeersknooppunt ter hoogte van Oosterweel en een stedelijke ringweg Noord.

Het bestek is in vier delen verdeeld: het voormelde deel A, een deel B- Algemene informatie, een deel C - Contractuele documenten waaronder C3 de vraagspecificatie met het “programma van eisen” waaraan het project dient te voldoen en een deel D- bijlagen.

Uit deel A blijkt, en zulks lijkt ook niet door de partijen te worden betwist, dat voor het verwezenlijken van het betrokken project verwerende partij heeft gekozen voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaandelijke bekendmaking.

Verzoekende partijen wijzen op de bijzondere invulling van die procedure, wat hen ertoe aanzet te spreken van een “sui generis” procedure.

De in deel A, blz. 9 en 17, van het bestek voorgeschreven procedure lijkt de volgende :

- eerste fase

De “geselecteerde” bidders worden in het bezit gesteld van het bestek met het oog op het latere indienen van een “eerste” offerte; er is in een plenaire toelichtingsvergadering voorzien alsook in “bilaterale besprekingen”. Laatstgenoemde besprekingen zijn besprekingen tussen verwerende partij en één van de bidders. Bedoeling volgens het bestek is dat door de bidders “kan worden getoetst

of hun oplossingen moeilijk te aanvaarden risico's opleveren en/of passen binnen de vraagspecificatie". Indien tijdens de bilaterale besprekingen onderwerpen naar voor komen die van gemeenschappelijk belang zijn, dan zullen deze na iedere overlegronde schriftelijk aan alle bidders gecommuniceerd worden. De opdrachtgever zal tijdens de besprekingen geen beoordeling geven over de door de bidders voorgelegde voorstellen. Slechts "bij indiening van de offertes" zal overgegaan worden tot de beoordeling van de gedane voorstellen. In die zin bieden de individuele besprekingen aan de bidders enkel "een kans om ideeën en voorstellen bij de opdrachtgever te toetsen. De bilaterale besprekingen zullen in principe vijf maal plaatsvinden. De opdrachtgever verbindt er zich toe om de informatie aangaande de door de bidder overwogen voorstellen niet aan derden mee te delen. Van elke bespreking wordt door de opdrachtgever een vertrouwelijk verslag gemaakt dat aan de betrokken bidder wordt toegezonden. Deze dient binnen drie werkdagen na ontvangst van het verslag schriftelijk zijn bemerkingen te geven, indien hij niet kan instemmen met het verslag. Bij gebreke daarvan wordt het verslag geacht te zijn aanvaard.

Volgt dan de indiening van een offerte zonder varianten (deel A, blz. 19). De offerte wordt beoordeeld op grond van volledigheid, formele regelmatigheid en "overeenstemming met vraagspecificatie". De offertes die onvolledig zijn, niet aan de formeel gestelde eisen voldoen of "niet in overeenstemming zijn met de vraagspecificatie en/of het ambitieniveau niet halen en/of onvoldoende getuigen van kwaliteit en/of niet getuigen van realiteitszin, kunnen zonder meer worden geweerd".

Onder deel A, 2.4., worden enige regels gewijd aan de "aanvulling op het bestek". Er wordt gewezen op een aantal studies en procedures (bijvoorbeeld GRUP wordt aangehaald) die nog lopen en op het feit dat "alle informatie en besluiten die hieruit zullen voortvloeien" tijdens het verloop van de onderhandelingsprocedures aan alle bidders zullen worden medegedeeld en dat "de bidders hiermee rekening moeten houden bij het opstellen van de offerte". Gedurende de laatste twee maanden voor het indienen van de offerte zal de opdrachtgever evenwel geen aanvullende gegevens meer overmaken.

- tweede fase

Deze fase omvat besprekingen van de ingediende offerte, de indiening van de BAFO (Best And Final Offer) en de beoordeling ervan. De BAFO wordt getoetst aan de gunningscriteria en die zijn de prijs, de architectuur en de procesbeheersing.

3. Vier samenwerkingsverbanden worden geselecteerd meer bepaald THV AB (verzoekende partijen), THV LORO, THV NORIANT en THV Bourgyes.

4. Met verzoekende partijen vinden zes bilaterale besprekingen plaats waarvan de vierde op 16 januari 2006. In het verslag ervan dat hun met een brief van 24 januari 2006 werd bezorgd en waarop verzoekende partijen niet reageerden, wordt gehandeld over hun ontwerp, waarin zijzelf blijkbaar een viertal knelpunten zien namelijk :

- “ - de 3 mogelijke lokale afwijkingen van het GRUP
- de 5m grens ter hoogte van het pomphuis
- het bouwen van een enkeldeks i.p.v. het voorgeschreven dubbeldeksviaduct
- de HS kabel van Elia”.

Inzake de mogelijkheid tot enkeldeksviaduct en afwijkingen op het GRUP neemt verwerende partij geen standpunt in tijdens die vergadering, want “BAM zal zich beraden” over die punten.

5. Volgens het verslag van de vijfde bilaterale bespreking van 17 februari 2006 merken verzoekende partijen op dat hun ontwerp van een enkeldeksviaduct mogelijk zou zijn op grond van het programma van eisen. Verwerende partij merkt op dat zij er “echter steeds van uitgegaan [is] dat er volgens het bestek een dubbeldeksviaduct opgelegd wordt” en verwijst daartoe naar een aantal eisen. Zij “wijst er alvast op dat er in geen geval enig engagement wordt aangegaan om een enkeldeksviaduct mogelijk te maken”.

6. Hierbij aansluitend ontstaat de problematiek van de zogenaamde “Terechtwijzende Berichten” (TWB) nrs. 3, 4 en 5 van verwerende partij.

Die berichten lijken bedoeld om wat niet expliciet in het bestek staat voorgeschreven maar daaruit misschien wel kan worden afgeleid - namelijk de eis van een dubbeldeksviaduct en geen enkeldeksviaduct - explicieter in de vraagspecificaties op te nemen onder de eisen E0000.9, E0000.9a en E0000.9b.

Eis E.0000.9 luidde initieel: “De Oosterweelverbinding dient het alignement van het aangeleverde MX-model te volgen. De maximaal toegestane afwijking bedraagt in verticale richting 3m. In horizontale richting dient het platform van de weg gerealiseerd te worden binnen de grenzen van de bestemmingszone ‘Artikel 1 - Gebied voor wegeninfrastructuur’ uit het (ontwerp-)GRUP”.

Na een burgerlijke kortgedingprocedure - die blijkbaar van de rol werd weggelaten - werd de door TWB nr. 3 van 27 februari 2006 ingevoerde passage “op voorwaarde dat de relatieve positie van de Strings in verticale richting ten opzichte van elkaar niet verandert” via TWB nr. 4 van 22 maart 2006 ingetrokken, zodat Eis E0000.9a dan leek te luiden “Voor de Oosterweelknoop bedraagt de toegestane maximale afwijking in verticale richting 5,00m” en Eis 0000.9b “Voor Rechteroever, Deel A en B, bedraagt de toegestane maximale afwijking in verticale richting 5,00 m”.

Tegen TWB nr. 5 en een mededeling van 21 april 2006 werd opnieuw een burgerlijke kortgedingprocedure ingesteld die leidde tot een beschikking verwerping. Voorts werd een annulatieberoep bij de Raad van State door verzoekende partijen ingediend tegen TWB nr. 5 - zaak gekend onder het rolnummer 174.366/XII-4807. Deze zaak bevindt zich nog in de fase voorafgaande maatregelen.

7. Uiteindelijk dienen drie bidders op 23 juni 2006 een offerte in, namelijk de verzoekende partijen als THV AB en de tussenkomende partijen als THV LORO en THV NORIANT.

8. Er wordt een beoordelingsverslag opgesteld waarin een overzicht wordt gegeven van de “contacten met de bidders”. Voorts wordt, voor het toetsen aan de voormelde criteria (nog niet de gunningscriteria) - 2.2.1. Volledigheid, formele regelmatigheid en 2.2.2. Overeenstemming met leidraad en vraagspecificatie- onder meer een “beoordelingsclassificatie” gehanteerd. Categorieën A tot D worden hierbij onderscheiden, naargelang deficiënties. Daarbij is bij de eerste drie categorieën de offerte remedieerbaar maar kan bij categorie D niet aan de gestelde eis worden

voldaan zonder dat substantieel afbreuk wordt gedaan aan de uitgangspunten van de offerte. Binnen punt 2.2.2. is er een beoordeling van de “administratieve, financiële en technische eisen”, van het “ambitieniveau inzake ruimtelijke kwaliteit” en van “algemene kwaliteit, inzicht en realiteitszin van de offerte”.

Bij de offerte van verzoekende partijen worden “onduidelijkheden en afwijkingen vastgesteld” onder meer wat de technische eisen betreft, gecatalogeerd onder categorieën A tot en met D. Betreffende die laatste categorie wordt gewezen op tekortkomingen die niet remedieerbaar zijn omdat verzoekende partijen uitgaan van een enkeldeksviaduct hetgeen zou strijden met bestekseisen E0100.7 inzake contractdwarsprofielen die tot een dubbeldeksviaduct zouden nopen. Voorts zou er strijdigheid zijn met eisen E0000.9 en E0000.9b (horizontaal omdat de brugdekken buiten de grenzen gaan van bestemmingszones, verticaal omdat de verticale tolerantie wordt overschreden gezien het alignement van het MX-model). Dan zijn er ook nog enkele afwijkingen op verwante eisen (E040B0.26 : onderhoudspad en E24B0.11: aanvaarbeveiliging). Ook worden de algemene kwaliteit, inzicht en realiteitszin van de offerte ingeschat als onvoldoende vertrouwen gevend om het complexe project op een adequate manier uit te voeren, opnieuw onder verwijzing naar het ontwerp van enkeldeksviaduct.

8. Op 12 en 16 oktober 2006 bespreekt de raad van bestuur van verwerende partij de offertes aan de hand van het beoordelingsverslag. Hij neemt de motieven daarvan aan teneinde als motivering voor zijn beslissing te dienen.

Het beschikkende gedeelte van de bestreden beslissing luidt op 16 oktober 2006 wat verzoekende partijen betreft als volgt :

“Artikel 1. De Offerte die werd ingediend door de THV Antwerpse Bouwwerken wordt niet weerhouden voor deelname aan de Bafo-fase.”.

De offertes van de twee andere bidders worden wel toegelaten tot de tweede fase of BAFO-fase;

De grondvoorwaarden voor de schorsing

1. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals de Raad van State reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, en zulks uitvoerig onder meer in zijn arrest NV Laboratoria Van Vooren, nr. 127.069 van 13 januari 2004, niet geschikt is om de gewone procedure te zijn die de beoogde rechtsbescherming kan bieden in het domein van de overheidsopdrachten; dat die procedure uitzonderlijk dient te blijven teneinde niet in te gaan tegen de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarin tussen de gewone schorsingsprocedure en de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid duidelijk onderscheid wordt gemaakt; dat overigens die twee procedures volgens die wetten geen procedures ten gronde zijn maar procedures die enkel in voorlopige uitspraken kunnen resulteren; dat indien de Raad van State moet beslissen of hij dergelijke rechtspleging - overigens uiterst summier geregeld - in het domein van de overheidsopdrachten dient toe te passen, hij versus de wetgever zou handelen indien hij de toegang tot die procedure zodanig zou vergemakkelijken dat ze als de gewone schorsingsprocedure in dat domein zou gaan gelden en evenzeer indien hij zou tegemoet komen aan de - ten overstaan van die spoedprocedure ongefundeerde - verwachting van de rechtzoekenden, dat in die uiterst dringende procedure in wezen op dezelfde wijze als in een annulatieprocedure de grond van de zaak reeds uitputtend kan worden behandeld en beslecht; dat die verwachting te dezen weer blijkt uit een uitgewerkt inleidend verzoekschrift met zeven middelen, gedetailleerd en soms vrij uitvoerig en enkele ervan in onderdelen, - waarin niet enkel rechtsvragen maar ook technisch-bouwkundige betwistingen aan de orde worden gesteld; dat de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in elk geval slechts mag worden aangewend in de gevallen waarin de wet deze uitdrukkelijk voorschrijft zoals in het - te dezen wat zijn toepassing betreft, door de verwerende en tussenkomende partijen ter terechtzitting niet meer betwiste - artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor

aanneming van werken, leveringen en diensten, en daarnaast in de enkele gevallen dat een gewone vordering tot schorsing te laat zou komen om het nadeel te weren;

Overwegende dat te dezen, zoals ook uit het debat ter terechtzitting blijkt, de in het geding zijnde opdracht voorwerp is van een procedure die reeds enkele jaren in voorbereiding is en dat de waarde ervan in dossierstukken geraamd wordt tot een bedrag van 3 miljard euro en als de duurste opdracht in 30 jaar in het Vlaamse Gewest wordt aangemerkt; dat nochtans juist voor betwistingen rond dergelijke zwaarwichtige opdrachten artikel 21bis van de voormelde wet van 24 december 1993 partijen en de Raad van State dwingt tot de snelst mogelijke procedure die bovendien voorlopig is en zonder mogelijkheid van beroep; dat zoals hoger vermeld, dat uiterst dringend karakter niettemin met zich meebrengt dat de voorgelegde vordering zich toch tot snelle toetsing moet lenen; dat dienvolgens te complexe middelen of een te grote veelvuldigheid van middelen niet verenigbaar zijn met de procedure op de wijze van de uiterst dringende noodzakelijkheid; dat de Raad van State dienvolgens zich ook te dezen in zijn onderzoek zal beperken tot de voor de hand liggende grieven en mogelijke rechtsschendingen;

2. Overwegende, in de eerste plaats, dat uit de finaliteit van het voormelde artikel 17 en het principe dat ook de Raad van State niet vrijelijk de grenzen van de rechtsstrijd mag vaststellen, voortvloeit dat middelen die niet kunnen bijdragen tot het beoogde voordeel dat de verzoekende partijen beogen, of anders gezegd het door die partijen geschetste nadeel niet kunnen weren - of het zelfs vergroten - niet moeten worden onderzocht; dat te dezen verzoekende partijen bij hun uiteenzetting over het moeilijk te herstellen ernstig nadeel erop wijzen dat ze het werk “absoluut zelf willen uitvoeren” en dat “in geval van een schorsing [Verzoekers] immers nog tot BAFO [kunnen] worden toegelaten”; dat zij daarbij besluiten :

“Het is bovendien niet noodzakelijk dat Uw arrest de aanbestedingsprocedure zou vertragen. Indien Uw Raad zou schorsen, kan de aanbestedingsprocedure verder zijn normale verloop kennen” ;

dat aldus te dezen middelen niet moeten worden onderzocht die, mochten ze ernstig worden bevonden, de gehele procedure dermate zouden vitiëren dat ze de voortzetting van de procedure zouden verhinderen, en dus de verzoekende partijen niet nader tot een BAFO - indiening, hun verhoopt voordeel, zouden brengen;

3. Overwegende, voorts, dat moet worden opgemerkt dat verzoekende partijen het voorwerp van hun vordering beperken tot hun eigen

uitsluiting en zij niet aanvechten dat de twee andere bidders wel toegelaten zijn tot de BAFO-fase, ook al mag worden aangenomen dat verzoekende partijen zekerlijk weet hadden van het feit dat de twee andere bidders wel toegelaten zijn tot de BAFO-fase, hetgeen lijkt te kunnen worden afgeleid onder andere uit hun zesde middel en uit hun pleidooien ter terechtzitting;

4. Overwegende, ten slotte, dat het antwoord op de technische vraag in hoeverre uit de besteksbepalingen dwingend een type dubbeldeksviaduct dient te worden afgeleid - verwerende partij stelt dat er slechts een dubbeldeksviaduct mogelijk is terwijl verzoekende partijen het erbij houden dat ook een enkeldeksviaduct toegestaan is - een deskundig oordeel vereist dat de Raad van State zich niet aanmatigt en die noodzakelijke deskundigheid door de verzoekende partijen zelf wordt erkend aangezien zij immers in hun burgerlijke kortgedingprocedure tegen het TWB nr. 5 en de brief van 21 april 2006 in ondergeschikte orde vragen om een college van deskundigen aan te stellen ”met als opdracht de technische eisen te onderzoeken die BAM inroept in haar brief van 21 april 2006 om aan te tonen dat een dubbeldeksviaduct noodzakelijkerwijze volgt uit deze eisen of dat aan deze eisen ook kan worden voldaan door een viaduct waarvan de twee wegdekken grotendeels naast elkaar liggen”; dat hieruit volgt dat middelen die ertoe strekken deze twistvraag te beslechten niet kunnen worden onderzocht in de huidige procedure waarbinnen een deskundigenonderzoek niet kan worden ingepast; dat hierna de middelen vanuit de geschetste invalshoeken worden onderzocht;

6. Overwegende dat in een eerste middel verzoekende partijen betogen dat met schending van artikel 17, §3, van de voormelde wet van 24 december 1993, de BAM ten onrechte een beroep heeft gedaan op de onderhandelingsprocedure; dat het ernstig en later gegrond bevinden van dit middel de gehele gunningsprocedure zou tenietdoen zodat het hoger geschetste beoogde voordeel, de mogelijkheid een BAFO in te dienen, buiten het bereik van verzoekende partijen zou komen; dat het middel niet dienstig is; dat ook voor het tweede middel, waarin wordt betoogd dat de voormelde onderhandelingsprocedure om een aantal redenen “op een onwettige manier is gebruikt”, dezelfde conclusie geldt;

7. Overwegende dat in een derde middel verzoekende partijen doen gelden dat artikel 2.4.1. van Deel A van het bestek is geschonden, namelijk de periode van twee maand “radiostilte” vóór de indiening van de offertes, doordat

TWB nr. 5, waarop de bestreden beslissing "volledig" is gesteund en waarin de BAM "de X,Y en Z-coördinaten heeft opgelegd met als enig doel de enkeldeksoplossing van verzoekers onmogelijk te maken", binnen die periode is beslist;

Overwegende dat na TWB nr. 5, Eis E00009, wat de horizontale richting betreft, nu lijkt te luiden als volgt :

"In horizontale richting dient het platform van de weg gerealiseerd te worden binnen de grenzen van de bestemmingszones 'Gebied voor wegeninfrastructuur' en 'Gebied voor ongelijkvloerse wegeninfrastructuur' zoals deze volgen uit de X en Y coördinaten van de digitale versie van de contractuele plannen Ax0x-SIPRI01-4- lijninfra -GRUP. Op de R1-E19 ten noorden van de grens bepaald door de Lambert coördinaten X= [...] dienen voor de realisatie van de Oosterweelverbinding de voorschriften van het vigerende gewestplan te worden nageleefd.";

Overwegende dat verzoekende partijen een offerte lijken te hebben ingediend die fundamenteel gehypothekeerd wordt naar stedenbouwkundige vergunbaarheid toe en dus naar realisatie; dat die offerte door verwerende partij dan ook is geweerd onder meer met het motief inzake een niet toegelaten afwijking op de horizontale richting; dat op blz. 15 van de leidraad inzake het GRUP gesteld wordt dat "de Bieders [...] hiermee [moeten] rekening houden bij het opstellen van de Offerte"; dat overeenstemming met het GRUP en de daarin opgelegde tracés bij het opstellen van een offerte overigens evident lijkt; dat, indien verzoekende partijen meenden dat het definitieve GRUP hun project enkeldeksstructuur verhinderde, zij een annulatieberoep hadden kunnen indienen tegen het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juni 2006, hetgeen ze alvast verzuimden; dat zij ook niet aanvoeren dat dit GRUP onrechtmatig is en dus ten onrechte werd ingeroepen; dat het dan niet lijkt, betreffende het besproken derde middel, dat de bestreden beslissing "volledig gesteund" is op het betrokken TWB nr. 5; dat immers, zelfs indien het bestek helemaal niets had bepaald - te dezen zoals gezien dus geen aanvaardbare veronderstelling - over het (ontwerp)GRUP, overeenstemming ermee toch een substantiële voorwaarde lijkt waaraan de offertes dienden te beantwoorden; dat het in de huidige stand van de procedure dus lijkt dat TWB nr. 5 - in de mate het tracés van het GRUP zou opleggen - eigenlijk overbodig is; dat artikel 38, § 1, tweede lid, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, alvast bepaalt dat het grafische plan als onderdeel van een ruimtelijk uitvoeringsplan verordenende kracht heeft; dat de vergunningverlenende overheid er dienvolgens in principe door gebonden is; dat zonder het GRUP de Oosterweelverbinding zelfs helemaal niet vergunbaar lijkt daar het (door het GRUP

gewijzigde) gewestplan Antwerpen daartoe zelfs in geen tracé voorziet; dat het middel dienvolgens niet ernstig is;

8. Overwegende dat in een vierde middel de schending wordt aangevoerd van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met in bijzonder het redelijkheids- en de zorgvuldigheidsplicht”;

Overwegende dat in een eerste onderdeel wordt betoogd dat de keuze van de verwerende partij voor een dubbeldeksviaduct “ongenanceerd en ongemotiveerd” is; dat dit onderdeel niet wordt aanvaard; dat immers, in de veronderstelling dat een “keuze” voor het type viaduct werkelijk voorhanden is, zoals reeds hiervoor is gesteld, het niet aan de Raad van State toekomt, zeker niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zonder deskundige ondersteuning, een dergelijke keuze onrechtmatig te bevinden op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur;

Overwegende dat verzoekende partijen in een tweede onderdeel doen gelden dat “de wijze waarop” de bestreden beslissing is genomen de toets met de zorgvuldigheidsplicht niet doorstaat; dat echter uit het door verzoekende partijen aanvaard geacht verslag van de vierde bilaterale besprekingen lijkt voort te vloeien dat zij voor hun ontwerp van een ééndeksviaduct zelf als knelpunt zagen dat er een dubbeldeksviaduct voorgeschreven was zodat hun project afwijkingen op het ontwerp-GRUP noodzaakte: dat de TWBen lijken te kaderen binnen een bezorgdheid om wat onvoldoende expliciet in het bestek stond, duidelijker te maken; dat de keuze voor het type brug overigens niet eenduidig lijkt toe te moeten worden toegeschreven aan verwerende partij; dat blijkens de toelichting bij het ontwerpGRUP daar immers enkel sprake is van een dubbeldeksviaduct; dat de mogelijke keuze van verwerende partij dan ook ingebed lijkt in een ruimere beleidskeuze; dat ten slotte verzoekende partijen ook niet ernstig lijken te kunnen staande houden dat verwerende partij steeds maar van standpunt wijzigde zekerlijk niet t.a.v. de inachtnaam van het GRUP: dat het middelonderdeel en dienvolgens het middel in zijn geheel niet ernstig is;

9. Overwegende dat in een vijfde middel de schending wordt aangevoerd van “de gelijkheid der inschrijvers als algemeen beginsel en als toepassing van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”; dat daartoe wordt betoogd dat het TWB nr. 5 is genomen op vraag van een andere inschrijver en het daarin vervatte

verbod op een enkeldeksbrug de oplossing van verzoekende partijen onmogelijk maakte;

Overwegende dat zoals hiervoor opgemerkt het TWB nr. 5 geen verandering van standpunt lijkt, laat staan op vraag van een inschrijver, doch een logische verduidelijking vanuit de evidentie dat het project het tracé vervat in het GRUP moet volgen, op een ogenblik dat verzoekende partijen poogden hun project te laten inpassen in de vraagspecificatie; dat het middel niet ernstig is;

10. Overwegende dat in een zesde middel “de formele motiveringsverplichting” geschonden wordt bevonden, (1) doordat de bestreden beslissing slechts gedeeltelijk is medegedeeld, (2) niet gemotiveerd wordt dat de eendeks-viaduct de vergelijking tussen de inschrijvers in het licht van de gunningscriteria onmogelijk maakt en (3) waarom de onregelmatigheden van de andere inschrijvers zich niet in de categorie D bevinden;

Overwegende, nog afgezien van de vage wijze waarop verzoekende partijen de geschonden geachte norm - of normen ?- aanbrengen -, dat de onderdelen ook op andere gronden niet ernstig zijn; dat in die zin, wat het eerste en het derde onderdeel betreft, de bestreden beslissing zoals door verzoekende partijen geduid, over hun onregelmatigverklaring handelt; dat de aan verzoekende partijen medegedeelde motieven betrekking hebben op deze onregelmatigverklaring; dat die middelonderdelen niet dienstig zijn aangezien de beslissing ten overstaan van de andere bidders, zoals hoger gezien, niet formeel wordt aangevochten en de middelonderdelen dienvolgens verzoekende partijen niet dichterbij kunnen brengen bij het indienen van een BAFO; dat, wat het tweede onderdeel betreft, uit de medegedeelde motivering - extract beoordelingsverslag betreffende verzoekende partijen - duidelijk lijkt te kunnen worden afgeleid om welke redenen verwerende partij meende dat de offerte niet remedieerbaar was; dat het onderdeel en dienvolgens het gehele middel niet ernstig is;

11. Overwegende dat in een zevende middel schending van “de materiële motiveringplicht” wordt aangevoerd; dat daartoe de voormelde motieven van de bestreden beslissing worden bekritiseerd;

Overwegende dat reeds is vastgesteld dat de Raad van State in de huidige procedure niet bij machte is de stellingnames over de technische draagwijdte

van de besteksvoorwaarden die al dan niet een dubbeldeksviaduct voorschrijven te beoordelen; dat verzoekende partijen in elk geval het verslag van de vierde bilaterale besprekingen onvoorwaardelijk hebben aanvaard en uit dat verslag blijkt dat er ook volgens verzoekende partijen sprake is van de “voorgeschreven” dubbeldeksviaduct; dat zoals reeds hiervoor is vastgesteld het evident lijkt dat een offerte dient rekening te houden met een tracé dat het vergunbare vastlegt; dat zulks inhoudt dat verwerende partij mocht aannemen dat een offerte die een in beginsel onvergunbaar project voorstelt, niet voldeed aan de vraagspecificatie en dat, tenzij de offerte op substantiële wijze werd herwerkt, dergelijke offerte niet de basis kon uitmaken van onderhandelingen zonder de gelijkheid van inschrijvers in het gedrang te brengen; dat dit alleen reeds een deugdelijk en voldoende motief lijkt dat de bestreden beslissing kan schragen; dat het feit dat de offerte substantieel diende te worden herwerkt om binnen de grenzen van het GRUP te vallen evident lijkt nu verzoekende partijen zelf lijken te hebben aangegeven dat een enkeldeks-structuur niet binnen de grenzen van het GRUP valt; dat nader onderzoek naar de rechtmatigheid van de overige motieven dan ook niet is vereist; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat niet is voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 voorgeschreven voorwaarden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De verzoeken tot tussenkomst van de NV Aannemingsmaatschappij CFE, de NV Aannemingen Van Wellen, de NV Besix, de NV Cordeel Zetel Temse, de NV Dredging International, de NV Fabricom GTI, de NV Victor Buyck Steel Constructions NV, de vennootschap naar Frans recht Vinci SA, de vennootschap naar Frans recht Vinci Concessions SA, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Noriant, en de NV Ondernemingen Jan De Nul, de NV Algemene Aannemingen Van Laere, de NV Betonac, de vennootschap naar Nederlands recht NV Koninklijke Bam Groep, de NV CEI-De Meyer, de SA Societe de Travaux Galere, de NV De Meyer, de NV Interbuild, de vennootschap naar Frans recht SA Egis Projects, de vennootschap naar Nederlands recht BV Fluor, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Loro, in het administratief kort geding worden ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 875 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een vijfde.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 2 375 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een negentiende.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig november 2006, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.